

University of Groningen

Tekst en Uitleg VI

Zwalve, W.J.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2003

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Zwalve, W. J. (2003). *Tekst en Uitleg VI*. University of Groningen. Faculty of Law.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Tekst & Uitleg

VI

TEKST

C. 4,2,6

(De keizers Diocletianus en Maximianus aan Nicander)

Si ex pretio debitae quantitatis facta novatione per stipulationem usuras licitas contra quem supplicas stipulatus es, falsa mutuae datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis non defecerat substantia, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. (1) Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est et eius praestari fenus convenit, simulatis pro infectis habitis huiusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.

Als je van degene tegen wie je een actie hebt ingesteld, nadat er een schuldvernieuwingsovereenkomst is gesloten, door middel van een bijzonderlijk daartoe strekkende stipulatie hebt bedongen dat je de toegestane rente zal zijn verschuldigd over de koopprijs van een bepaalde hoeveelheid goederen, dan staat het feit dat je in de nadere onderbouwing van je eis ten onrechte hebt gesproken van een geldlening er niet aan in de weg dat je de overeengekomen rente kunt vorderen, wanneer er een echte verbintenis aanwezig was. (1) Maar als er zonder stipulatie enkel geschreven staat dat er geld is geleend en dat er is afgesproken dat daarover rente is verschuldigd, dan heeft een dergelijke vaststelling niets veranderd aan de voorafgaande verbintenis, omdat schijnhandelingen worden geacht niet te zijn verricht.

UITLEG

Op 17 november van het jaar 293 gaf de kanselarij van de keizers Diocletianus en Maximianus een ‘prejudiciële beslissing’ op een aan haar voorgelegde rechtsvraag die het hart van het Romeinse betalingsverkeer trof. Het ging daarbij om het volgende. Een zekere Nicander had een hoeveelheid goederen verkocht, maar de daarvoor verschuldigde koopprijs nog niet ontvangen. De koper verzocht daarop de verkoper om de verplichting tot het betalen van de koopprijs te converteren in een geldlening en zegde bovendien toe daarvoor de wettelijke toegestane rente te zullen betalen. De verkoper ging daarmee accoord en vorderde enige tijd later de overeengekomen rente. De koper verweerde zich tegen de eis door aan te voeren dat het rentebeding niet op de voorgeschreven wijze was overeengekomen. Het verweer is slechts begrijpelijk indien men het plaatst tegen de achtergrond van de

actiëndwang die het Romeinse recht toen nog beheerste.¹ De stelling van de gedaagde berust op de gedachte dat de eiser, Nicander, zijn eis, zo hem die al toekwam, had moeten gieten in een andere vorm dan die van de *condictio certae pecuniae*, dat is de op een formele stipulatie gebaseerde actie waarmede men een bepaalde som geld vorderde. Nicander legde zijn probleem voor aan de kanselarij, doch alvorens daarop in te kunnen gaan, dient enige nadere aandacht te worden besteed aan de feitelijke achtergrond van Nicanders zaak, voorzover die althans valt te reconstrueren uit de wel zeer beknopte weergave daarvan in de Codex Justinianus.

De zaak van Nicander is door Pringsheim² geplaatst in de sleutel van de niet-Romeinsrechtelijk onderbouwde handelspraktijken in het hellenistische oosten van het Romeinse rijk. Het ‘Griekse’ privaatrecht³ zou zich volgens Pringsheim⁴ nimmer hebben ontworsteld aan de gedachte van het principieel reële karakter van de overeenkomst van koop en verkoop: die zou altijd een ‘Realkauf’ zijn gebleven. De koop op crediet en de naar Romeinsrechtelijke voorstellingen als vanzelfsprekend daarbij behorende vordering tot betaling van de koopprijs, de *actio venditi*, zouden daarom ook altijd vreemd zijn gebleven aan het Griekse recht. Uiteraard bestond daaraan een grote economische behoefte en daarom zou men zijn toevlucht hebben genomen tot twee ficties: ten eerste werd gefingeerd dat de koper de koopprijs reëel had betaald en ten tweede dat de verkoper de koper een lening had verstrekt. Ik moet bekennen dat men, wanneer men aanneemt dat dit soort transacties ooit in het Griekse oosten van het rijk gebruikelijk waren, geneigd is eenzelfde transactie te lezen in de beknopte weergave van de feiten in C. 4,2,6. Bij nader inzien heb ik echter toch zo mijn bedenkingen. Ten eerste rijst de vraag waarom een zo buitengewoon praktisch ingesteld handelsverkeer als het Grieks-hellenistische – waaraan wij, bijvoorbeeld, de rechtsfiguur van de hypotheek te danken schijnen te hebben – zich in een zo belangrijke commerciële context als deze forceerde tot een dergelijke nogal gecompliceerde en fictieve constructie voor een rechtsbetrekking die tot de meest voorkomende van het toenmalige handelsverkeer moet hebben behoord.⁵ Ten tweede rijst de vraag in hoeverre het waarschijnlijk is dat men zich

¹ De keizers Constantius en Constans schaften het oude procesrecht *per formulam*, waardoor het Romeinse recht tot een grote conceptuele bloei heeft kunnen komen, in 342 AD af: C. 2,57,1.

² ‘Diocletian in C. 4,2,6’, *Tulane Law Review* 33 (1959) p. 551 e.v.

³ Ik laat hierbij de vraag in het midden in hoeverre het, gelet op de bonte culturele en institutionele verscheidenheid die de ‘Griekse’ wereld kenmerkt, eigenlijk wel zinvol is te spreken over een ‘Grieks’ privaatrecht.

⁴ Zie daarover in het bijzonder ook zijn *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, p. 157 e.v. en p. 245 e.v.

⁵ Zie ook de opmerkingen van H.J. Wolff, ‘Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts’ in ZSS 74 (1957) p. 29 e.v.; ook in E. Berneker (ed.), *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Darmstadt 1968, p. 486 e.v.

daarvan nog steeds bediende in 293 AD, dat wil zeggen meer dan driekwart eeuw *nadat* het Romeinse recht in heel het Romeinse rijk, dus ook in het Grieks-hellenistische oosten daarvan, ten gevolge van de *constitutio Antoniniana* (212) algemeen verbindend was geworden. Men bedenke daarbij dat het Romeinse recht een buitengewoon aantrekkelijk alternatief bood dat op de praktisch ingestelde Griekse handelsgeest, zo die zich inderdaad al ooit heeft bediend van de hierboven beschreven constructie, een onweerstaanbare aantrekkingskracht moet hebben uitgeoefend: de zuiver consensuele overeenkomst van koop en verkoop. Ten derde is mij gebleken dat vragen zoals die welke in de constitutie van 293 aan de orde worden gesteld ook zijn gerezen in het Romeinse recht zelf en wel binnen een context die in het geheel niet verwijst naar Grieks-hellenistische invloeden. Het gaat daarbij om het volgende.

Het Romeinse contract van geldlening (*mutuum*) was een reëel contract, evenals ten onzent (nog) het geval is.⁶ Het behoorde bovendien tot de zogeheten ‘stricti iuris’-contracten, hetgeen (onder meer) betekende dat een vormloos daaraan verbonden rente-beding in beginsel niet afdwingbaar was: dat moest in een bijzonderlijk daartoe strekkende afzonderlijke overeenkomst, een *stipulatio*, worden bedongen. Uiteraard leverde een en ander de nodige moeilijkheden op. Men denke, bijvoorbeeld, aan het eenvoudige geval waarin iemand een bepaalde hoeveelheid geld in bewaring heeft gegeven en de bewaarnemer dat geld wil gaan gebruiken voor eigen doeleinden en daarom aan de bewaargever verzoekt of hij het geld van hem kan lenen. Er rijst dan een aantal niet te onderschatten problemen. Op welke wijze moet de oude rechtsbetrekking (uit bewaargeving (*depositum*)) worden omgezet in een geldlening? Vanuit een modern en zuiver goederenrechtelijk perspectief lijkt dat nauwelijks problematisch: de bewaargever levert het zich bij de bewaarnemer bevindende geld *brevi manu* en voldoet daarmee aan het reële karakter van de overeenkomst van verbruikleen (*mutuum*), waarvoor een eigendomsoverdracht is vereist. Vervolgens moet dan nog slechts bij een afzonderlijke (en formele) overeenkomst, door middel van een stipulatie, de rente worden bedongen. Maar is daardoor de bewaarnemer ontslagen van zijn verplichtingen uit de oude rechtsbetrekking? Verdient het niet veeleer aanbeveling die door middel van een overeenkomst van schuldvernieuwing (*novatio*) en een extra stipulatie om te zetten in een verplichting tot betaling van een geldsom, waarbij ook de verschuldigde rente is vastgesteld? Daaraan is echter het niet te onderschatten nadeel verbonden dat de overeenkomst van schuldvernieuwing eveneens een formeel contract is (een zogeheten *contractus verbis*), dat niet door middel van correspondentie kon worden gesloten (zoals een zuiver consensueel contract), maar in bepaalde bewoordingen moest zijn gesteld die de

⁶ Zie art. 7A:1791 BW, waarover meer hieronder in het Naschrift.

aanwezigheid van beide contracterende partijen op dezelfde plaats vooronderstelde.⁷ Dit soort vragen hield de Romeinse juristen bezig, hetgeen in het bijzonder blijkt uit

D. 17,1,34 pr.

(Africanus, *libro octavo Quaestionum*)

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

Degene die de zaken van Lucius Titius beheerde, heeft, toen hij van diens debiteuren wat geld had ingevorderd, hem een brief gestuurd, waarin hij te kennen gaf dat hij uit hoofde van het beheer een bepaalde som geld onder zich had en dat hij die aan hem crediteerde, met dien verstande dat hij dat was verschuldigd tegen een rente van 6 % op jaarbasis. Er is gevraagd of op die grond een vordering op grond van geldlening kan worden ingesteld en of er rente is verschuldigd. Hij heeft te verstaan gegeven dat er geen geldlening is verstrekt. Immers: anders zou bij iedere verbintenis door een enkel daartoe strekkend beding een overeenkomst van geldlening kunnen ontstaan. Bovendien is dit niet hetzelfde als het geval waarin een geldlening ontstaat, wanneer ik geld bij je heb gedeponeerd en is afgesproken dat je het mij op grond van geldlening bent verschuldigd, omdat in dit geval het geld dat van mij is het jouwe wordt. En het is ook niet hetzelfde als het geval waarin een geldlening ontstaat wanneer ik je heb gemachtigd het geld van mijn debiteur in ontvangst te nemen, want dit is uit opportuniteitsoverwegingen geaccepteerd. Een argument voor een en ander is dat degene die, toen hij een geldlening wilde verstrekken, zilver had gegeven om te verkopen, toch niet terecht op grond van een geldlening kon procederen. Immers: het geld dat de verkoop van het zilver had opgebracht, kwam voor risico van degene die het zilver in ontvangst had genomen. In het onderhavige geval moet worden aangenomen dat de beheerder aansprakelijk is op grond van lastgeving, met dien verstande dat, alhoewel het geld voor zijn risico was, hij toch de rente moet betalen, waaromtrent men het eens is geworden.

⁷ Zie hiervoor in plaats van anderen M. Kaser, *Das römische Privatrecht* (RP) I, München 1971, p. 540.

TEKST EN UITLEG

Hier vraagt een vermogensbeheerder (*procurator*) die voor zijn werkgever enige vorderingen heeft geïnd om toestemming het door hem geïnde bedrag voor eigen doeleinden te mogen gebruiken. Hij verklaart zich bereid om daartoe een overeenkomst van geldlening met zijn opdrachtgever te sluiten en (natuurlijk) rente te betalen over het aldus aan zijn opdrachtgever verschuldigde bedrag. De aanzienlijke Romeinse jurist Julianus (hij was staatsraad (*consiliarius*) van keizer Hadrianus), wiens opinies werden verzameld door zijn leerling Africanus, was van mening dat in een geval als dit géén geldlening kon ontstaan.⁸ Wat daarbij opvalt is de puur dogmatische redegeving. ‘Waar gaat het heen’, zo moet hij hebben gedacht, ‘wanneer zoiets wordt toegelaten’? Op deze wijze immers lijkt iedere willekeurige geldschuld door middel van een enkele daartoe strekkende afspraak in een geldlening te kunnen worden omgezet. Van het destijds nog door de Romeinse juristen gekoesterde actiënrechtelijke systeem blijft dan, althans voor geldschulden, niet veel meer over: iedere geldschuld zou dan immers met de *condictio certae pecuniae*, de vordering uit geldlening, kunnen worden opgevorderd. Mij is een uitlating bekend van een Engelse rechter uit de tijd toen ook de ‘common law’ nog werd beheerst door de ‘forms of action’ die het gevoel van Julianus goed weergeeft: ‘we must keep up the boundaries of actions, otherwise we shall introduce the utmost confusion’.⁹ Desalniettemin moest Julianus toegeven dat er een aantal uitzonderingen bestond op de principiële onmogelijkheid een rechtsbetrekking als die tussen de vermogensbeheerder en zijn achterman door enkele wilsovereenstemming te converteren in een geldlening. Daar is allereerst het hierboven reeds genoemde geval van het *deposito* van geld dat door wilsovereenstemming kon worden geconverteerd in een overeenkomst van geldlening (*mutuum*). De geleerde jurist verklaart dit door aan te nemen dat er in dat geval inderdaad op de hierboven geschetste wijze is voldaan aan het reële karakter van dat contract doordat er een daadwerkelijke eigendomsoverdracht (door middel van *traditio brevi manu*) heeft plaatsgevonden.¹⁰ Het betreft hier een oude praktijk, die, zo weten wij, al in de eerste eeuw van onze jaartelling was gesanctioneerd door de juristen M. Cocceius Nerva, Proculus en (later) Marcellus:

D. 12,1,9,9

(Ulpianus, *libro vicensimo sexto ad edictum*)

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Ik heb een bedrag van tien bij je in bewaring gegeven

⁸ Zie over deze tekst uitvoerig U. von Lübtow, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht*, Berlijn 1964, p. 22 e.v. Zie ook de opmerkingen van E.H. Kaden en P. Voci in hun beider recensies op Von Lübtow's boek in, respectievelijk, ZSS 96 (1966) p. 477 e.v. en IURA 17 (1966) p. 345 e.v.

⁹ Lord Chief Justice Raymond in *Reynolds v. Clarke* (1726) 1 Strange 634, op p. 635 (93 English Reports 747 op p. 748).

¹⁰ Vgl. ook V. Giuffrè, *La 'datio mutui'*, Napels 1989, p. 68.

ZWALVE

Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

en later heb ik je toestemming gegeven die te gebruiken. Nerva en Proculus zeggen dat ik die, zelfs al voordat ze worden besteed, kan vorderen als waren ze je in verbruikleen gegeven. En dat is juist, zoals ook Marcellus meent: want hij begint immers voor zichzelf te houden. Dus gaat het risico over op degene die om crediet heeft gevraagd en kan er tegen hem een condictie worden ingesteld.

Ik vestig er nu reeds de aandacht op dat Ulpianus zich hier subtieler uitdrukt dan men bij een eerste, oppervlakkige lezing van het bovenstaande fragment vermoedt. Hij schrijft dat in dit geval eerst *na* het ontstaan van de overeenkomst van bewaargeving is afgesproken dat de bewaarnemer het geld zal mogen gebruiken (*‘postea permisi tibi uti’*). Het was namelijk niet ongebruikelijk dat reeds bij het sluiten van de overeenkomst van bewaargeving zelf werd overeengekomen dat de bewaarnemer het geld, desgewenst, zou mogen gebruiken. Dan was een overeenkomst van bewaargeving (*depositum*) tot stand gekomen die op ieder moment kon worden omgezet in een overeenkomst van geldlening (*mutuum*). Wij betreden dan het terrein van het zogenaamde *depositum irregulare*.¹¹

Het tweede door Julianus (Africanus) in D. 17,1,34 pr besproken geval verduidelijkt dat vooral het goederenrechtelijk aspect van de totstandkoming van de overeenkomst van geldlening hem parten speelde. Het betreft een bijzonder geval van delegatie, waarbij een crediteur aan zijn debiteur opdracht geeft om zijn schuld niet aan hem uit te keren, maar aan iemand aan wie de crediteur een geldlening wil verstrekken. Het contract van *mutuum* komt dan tot stand op het moment waarop de debiteur aan de delegataris, de nieuwe schuldenaar van zijn opdrachtgever, betaalt.¹² Het probleem dat hier rijst betreft de eigendomsovergang van het ter zake van crediet te verschaffen geld die door de Romeinse (en moderne Amerikaanse) juristen in de regel werd gekoppeld aan de overgang van het (te verzekeren) risico. Dat geld is immers op geen enkel moment eigendom geweest van de delegant, de beoogde credietverstrekker, zodat niet lijkt te zijn voldaan aan het vereiste van een

¹¹ D. 16,3,1,34 (Ulpianus, *libro trigensimo ad edictum*): ‘Als ik geld bij je in bewaring heb gegeven onder het beding dat je het mag gebruiken als je wilt, dan ben je voordat je het gebruikt aansprakelijk op grond van bewaargeving’ (si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis). Zie nader hieronder bij n. 46.

¹² Over een dergelijke delegatie ter verstrekking van een crediet gaat ook de veel besproken, maar eigenlijk buitengewoon simpele casus van D. 12,1,32 (Celsus), waarin de later zo genoemde ‘*condictio Iuventiana*’ wordt geïntroduceerd. Zie voor de juiste uitleg van deze passage reeds F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlijn 1840, p. 270 -271.

TEKST EN UITLEG

eigendomsoverdracht van het geld door de credietgever aan de credietnemer. Teneinde een som geld met de *condictio certae pecuniae* te kunnen opeisen, diende die, zo wilde het de oude Romeinse dogmatiek, onmiddellijk uit het vermogen van de eiser in het vermogen van de gedaagde terecht te zijn gekomen.¹³ Desalniettemin maakte men voor dit soort gevallen van delegatie ter credietverlening op grond van opportuniteitsoverwegingen een uitzondering.¹⁴ Dat een en ander ooit omstreden is geweest blijkt uit een aantal opmerkingen van Ulpianus in

D. 12,1,9,8

(Ulpianus, *libro vicensimo sexto ad edictum*)

Si nummos meos tuo nomine dederō ... Aristo scribit adquiri tibi conductionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederō, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

Als ik mijn geld voor jouw rekening in eigendom zal hebben overgedragen ... dan, zo schrijft Aristo, krijg jij een condictie. Ook Julianus, aan wie dat is gevraagd, schrijft in het tiende boek <van zijn Digesten> dat de opvatting van Aristo juist is en dat het geen twijfel leidt dat, als ik mijn geld voor jouw rekening en met jouw medeweten in eigendom zal hebben overgedragen, jij een vordering verkrijgt, omdat wij dagelijks als wij geld willen uitlenen van een ander vragen, dat hij dat voor onze rekening als crediteur aan onze toekomstige debiteur uitbetaalt.

Het moge duidelijk zijn dat Julianus zelf een beslissende invloed heeft gehad op de sanctionering van deze rechtsfiguur en dat hij daardoor tegemoet wilde komen aan de behoefte die daaraan in de praktijk bestond. Verder dan deze beide gevallen wil hij echter niet gaan en wijst daarvoor in D. 17,1,34 pr op het geval waarin iemand, die niet beschikt over contant muntgeld, aan een ander een stuk zilver geeft om dat te verkopen met de bedoeling dat de opbrengst ervan als geldlening zal zijn verschuldigd.

De frequentie waarmee op dit soort credietverstrekkingsovereenkomsten wordt gewezen verraadt een nijpend tekort aan contante valuta in de tweede en derde eeuw van onze jaartelling. Dit kan in verband staan met de destijds nagenoeg structureel geworden negatieve betalingsbalans met de niet-Romeinse beschavingen in het oosten van de toenmalige wereld (Perzië, India en zelfs China) die het daar zeer op prijs gestelde Romeinse goud- en zilvergeld uit het imperium zogen. De mij ter beschikking staande ruimte verbiedt het mij daar verder bij stil te staan, maar het verschijnsel is opvallend genoeg om er op te wijzen.

¹³ Zie daarvoor Gaius 3,90 en D. 12,1,2,4 (Paulus, *libro vicensimo octavo ad edictum*): ‘bij de eigendomsoverdracht ten titel van verbruikleen, dient de tradent eigenaar te zijn’ (in mutui datione oportet dominum esse dantem).

¹⁴ Zie ook Giuffrè, *La ‘datio mutui’*, p. 69.

In zo'n geval komt, zo vindt Julianus, géén *mutuum* tot stand. Die vaststelling betekent overigens *niet* dat het geld dat de vermogensbeheerder van D. 17,1,34 pr onder zich had niet van deze kon worden teruggevorderd, maar slechts dat zulks niet door middel van de *condictio certae pecuniae* (de rechtsvordering uit het contract van geldlening) kon omdat er géén contract van geldlening tot stand was gekomen. In plaats daarvan, zo benadrukt Julianus daar overigens ook, kan de vermogensbeheerder met vrucht tot afgifte van het geld worden aangesproken op grond van de lastgevingsovereenkomst, dat wil zeggen met de *actio mandati directa*. Zelfs de overeengekomen rente kan door de werkgever met dezelfde actie van de vermogensbeheerder worden gevorderd. In verband met dit laatste ligt, zeker voor een moderne jurist, de vraag voor de hand waarom Julianus, ondanks dit resultaat, zoveel nadruk legt op het feit dat géén contract van *mutuum* tot stand is gekomen. Het antwoord houdt verband met de verschillen tussen het contract van lastgeving en dat van geldlening. Het eerste is weliswaar een rechtsbetrekking die door de rechter wordt getoetst aan de redelijkheid en billijkheid (een zogeheten *contractus bonae fidei*), hetgeen impliceert dat zelfs een vormloos rentebeding op grond daarvan bindend is¹⁵, maar de lastgevingsovereenkomst eindigt met de dood van partijen en kan ééenzijdig worden opgezegd, zodat de som geld die de lasthebber onder zich heeft bij diens dood (of die van de lastgever) onmiddellijk opeisbaar wordt. Een en ander geldt niet voor het contract van geldlening (*mutuum*), zodat, bijvoorbeeld, de erfgenamen van de credietnemer pas kunnen worden aangesproken tot betaling van de hoofdsom (*sors*) als de afgesproken vervaldag (*dies*) is aangebroken. Anderzijds was óók de schuldeiser gebaat bij een omzetting van de schuld in een vordering uit geldlening: de *condictio certae pecuniae* was, anders dan de actie op grond van lastgeving (de *actio mandati*), of die uit verkoop (*actio venditi*), een rechtsvordering waarbij het de rechter niet was toegestaan de rechtsbetrekking tussen partijen te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid (*bona fides*). Zij was bovendien door de schuldomzetting geabstraheerd van de wederzijdse verplichtingen van partijen uit de overeenkomst van koop en verkoop zelf, zodat de aldus gecreëerde schuld een zelfstandige vermogenswaarde representeerde die de schuldeiser gemakkelijker kon vervreemden (of verpanden) dan een vordering uit verkoop.¹⁶ Dit lijken mij de belangrijkste redenen te zijn geweest waarom zowel de crediteur als ook de debiteur er belang bij hadden de rechtsgrond van hun verbintenis te wijzigen. Deze mogelijkheid wordt overigens door Julianus niet geheel afgesneden. Hij zegt het weliswaar in D. 17,1,34 pr niet met zoveel woorden, maar hij hoefde zijn publiek (geen studenten, maar vakbekwame juristen) niet uit te leggen dat iedere verbintenis door middel van een overeenkomst van schuldvernieuwing (*novatio*) kan worden omgezet in een nieuwe, die wordt beheerst door hetgeen men bij de schuldvernieuwingsovereenkomst heeft afgesproken.

¹⁵ Zie Kaser, RP I p. 497. Zie ook hieronder bij noot 35 en 49.

¹⁶ Het kwam daarom ook regelmatig voor dat een verkoper zich al bij het totstandkomen van de koopovereenkomst door de koper de koopprijs liet toezeggen op grond van een afzonderlijke stipulatie: zie bijvoorbeeld D. 18,5,3; 19,1,25; 44,2,14 en 46,2,27.

TEKST EN UITLEG

Daaraan was echter het hierboven reeds ter sprake gebrachte niet te onderschatten nadeel verbonden dat de overeenkomst van schuldvernieuwing een formeel contract is dat niet door middel van correspondentie kon worden gesloten (zoals een zuiver consensueel contract), maar in bepaalde bewoordingen moest zijn gesteld en daarom de aanwezigheid van beide contracterende partijen op dezelfde plaats vooronderstelde. Bovendien diende bij die overeenkomst, omdat het een verplichting uit een 'stricti iuris'-contract betrof, nog eens bij een afzonderlijk en formeel beding de rente-verplichting te worden vastgesteld.

Het contract van *mutuum* (geldlening) zelf evenwel kon, ondanks zijn reële karakter, wel degelijk *inter absentes* tot stand komen. Niet alleen kon, naar wij reeds hierboven vaststelden, een crediteur zijn debiteur opdracht geven het aan hem verschuldigde bedrag uit te keren aan iemand aan wie de schuldeiser een crediet wilde verstrekken, maar de voor de totstandkoming van een dergelijk contract vereiste wilsovereenstemming¹⁷ was niet aan bepaalde vormen gebonden en kon daarom door middel van correspondentie tot uitdrukking komen. Een en ander moet voor het toenmalige betalingsverkeer van het grootste belang zijn geweest, want daardoor werd het, bijvoorbeeld, mogelijk dat een financier in Rome een geldlening verstrekke aan een credietnemer in, bijvoorbeeld, Alexandrië door zijn bankrelatie in die stad opdracht te geven uit zijn tegoed een crediet te verstrekken. Er was echter één probleem: het rentebeding kon niet door de gedelegeerde bankier namens de opdrachtgever worden gemaakt: *nemo alteri stipulari potest*.¹⁸

Ulpianus, die bijna een eeuw na Julianus werkzaam was, nam een ietwat liberaler standpunt in. Zo achtte hij het, anders dan Julianus, wel degelijk mogelijk dat een aansprakelijkheid op grond van een contract van geldlening (*mutuum*) kon worden gevestigd op grond van de afgifte door de credietgever aan de credietnemer van bepaalde zaken die door de credietnemer moesten worden verkocht, teneinde de door hem ontvangen koopprijs als geldlening verschuldigd te zijn¹⁹:

D. 12,1,11 pr

(Ulpianus, *libro vicensimo sexto ad edictum*)

Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteris. si vendideris, puto mutuum pecuniam factam.

Je hebt me geld te leen gevraagd. Ik heb je, omdat ik dat niet had, een schaal gegeven, of een stuk goud, opdat je dat verkoopt en het geld gebruikt. Als je het hebt verkocht, ben ik van mening dat er een overeenkomst van geldlening tot stand is gekomen.

¹⁷ Zie daarvoor D. 12,1,32 (Celsus).

¹⁸ D. 45,1,38,17 (Ulpianus): 'niemand kan ten behoeve van een derde stipuleren'.

¹⁹ Ulpianus was overigens van mening dat de overeenkomst van *mutuum* in dit geval pas ontstond nadat de ter verkoop overhandigde zaken inderdaad waren verkocht en de koopprijs ervoor aan de verkoper was uitbetaald: zie D. 19.5.19 pr (Ulpianus). Vgl. ook M. Kaser, 'Die Verteilung der gefahr beim sogenannten 'contractus mohatrae'' in *Synteleia Arangio-Ruiz I*, Napels 1964, p. 74 e.v. en Von Lübtow, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs*, p. 65.

Zo werd ten behoeve van de financieringspraktijk aan het reële karakter van de overeenkomst van geldlening steeds verder afbreuk gedaan en werd de weg geopend naar wat men in het Duitse juridische jargon een ‘Vereinbarungsdarlehen’ placht te noemen.²⁰ Daarin is Ulpianus ook in een ander opzicht nog een stap verder gegaan dan Julianus:

D. 12,1,15

(Ulpianus, *libro trigensimo primo ad edictum*)

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

Er zijn een aantal wonderlijke regels van kracht in verband met de overeenkomst van geldlening, want als ik mijn debiteur zal hebben opgedragen aan jou geld te geven, ben je jegens mij aansprakelijk, alhoewel je mijn geldstukken niet in ontvangst hebt genomen. Wat men nu voor twee personen heeft aanvaard, dient ook te gelden voor één en dezelfde persoon, met dien verstande dat, wanneer jij me op grond van lastgeving geld bent verschuldigd en er is overeengekomen dat je dat uit geldlening bent verschuldigd, dat geld wordt geacht aan mij te zijn gegeven en door mij aan jou te zijn verstrekt.

Ulpianus wijkt in de bovenstaande tekst uitdrukkelijk af van de mening van Julianus (en Africanus), omdat hij van mening is dat de verplichting tot het betalen van een som geld die is verschuldigd uit hoofde van lastgeving wel degelijk kan worden omgezet in een geldschuld uit geldlening. De constructie die hij hanteert²¹, is eigenlijk tamelijk simpel en bouwt voort op de, in wezen zakenrechtelijke, constructie die reeds werd gebruikt bij de credietverlening van in bewaring gegeven geld en de credietverlening door een gedelegeerde schuldenaar. Zoals in het laatste geval een daadwerkelijke bezitsverschaffing door de credietgever aan de credietnemer niet noodzakelijk was, omdat de gedelegeerde schuldenaar namens de schuldeiser betaalt, zo kan hij ook namens de schuldeiser het aan deze laatste verschuldigde bedrag *aan zichzelf* ten titel van geldlening uitkeren. Ik zou in de daartoe

²⁰ Zie daarvoor § 607 II (oud) BGB, waarover hieronder in het Naschrift.

²¹ Zie daarvoor met name U. von Lübtow, ‘Ulpian’s Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens’ in *Synteleia Arangio-Ruiz II*, Napels 1964, p. 1212 e.v. en dezelfde in *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs*, p. 66 e.v. Zie daarover ook: Kaden, ZSS 96 (1966) p. 477 e.v.; P. Voci, IURA 17 (1966) p. 347 e.v.; M. Kaser, ‘Durchgangserwerb’ in LABEO 26 (1980), p. 55.

streckende overeenkomst met de credietgever twee *traditiones fictae* willen zien²²: de lasthebber levert het aan de lastgever verschuldigde geld *constituto possessorio* en krijgt het door de laatste *brevi manu* teruggeleverd.²³ Zo ziet dus Ulpianus er in het hierboven door Africanus en Julianus in D. 17,1,34 pr. besproken geval geen erg in dat de vermogensbeheerder (*procurator*) zichzelf op deze wijze het bezit verschafft van het geld dat hij van zijn werkgever wil lenen, zij het dan dat zulks natuurlijk slechts mogelijk is op grond van een daartoe strekkende overeenkomst met de werkgever.²⁴ Die overeenkomst kan vormloos zijn, omdat zij de strekking heeft uitdrukking te geven aan veranderingen in de puur feitelijke *animus possidendi* van de credietnemer en de credietgever. Deze laatste vaststelling was eveneens voor het toenmalige betalingsverkeer van het grootste belang, omdat zij impliceert dat dergelijke crediteringsovereenkomsten door middel van correspondentie tot stand konden worden gebracht, waardoor de vormdwang van de *stipulatio* kon worden vermeden.

Er zij met enige nadruk op gewezen dat de constructie van Ulpianus tot kern heeft dat er tussen de lasthebber en de lastgever die hun rechtsbetrekking willen omzetten in een geldlening nu juist géén gebruik behoeft te worden gemaakt van een formele schuldvernieuwingsovereenkomst (*novatio*) die was onderworpen aan de vormdwang van de stipulatie.²⁵ In plaats daarvan wordt er twee keer *betaald*, zij het dan door middel van een fictie: één keer *constituto possessorio* door de lasthebber aan de lastgever en één keer *brevi manu* door de lastgever aan de lasthebber. Dat was voor de toenmalige betalingspraktijk een grote winst. Deze vaststelling is niet zonder belang, al was het slechts omdat men er ten

²² Zie ook Von Lübtow, a.w., p. 1220-1221 (*Die Entwicklung des Darlehensbegriffs*, p. 77), die er een verbintenisrechtelijke constructie van maakt, in de zin dat er twee betalingen (*solutiones*) plaatsvinden. Fundamenteel is dit verschil, zo dat er al is, echter niet.

²³ Zo ook reeds O. Bähr, 'Ueber den Anerkennungsvertrag' in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 2 (1858), p. 427 en Ph.E. Huschke, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn*, Stuttgart 1882, p. 63-64.

²⁴ Huschke, a.w., p. 63 e.v. heeft een poging ondernomen de opinie van Ulpianus in D. 12,1,15 in overeenstemming te brengen met de leer van Julianus in D. 17,1,34 pr. Hij veronderstelt dat Ulpianus' constructie alleen zou gelden indien de voor geldlening bestemde valuta als zodanig identificeerbaar onder de beoogde credietnemer aanwezig zijn (bijv. in een verzegelde zak, zoals bij de Romeinen gebruikelijk was). Op slechts generiek verschuldigde geldsbedragen (zoals bijvoorbeeld uit koop, huur of arbeidsovereenkomst) zou zij niet van toepassing kunnen zijn. Voor deze geldschulden zou ook Ulpianus dus Africanus' stelling hebben onderschreven dat niet 'bij iedere verbintenis door een enkel daartoe strekkende afspraak een geldlening kan ontstaan' (D. 17,1,34 pr). Er zou daarom in wezen geen sprake zijn van een tegenstelling, omdat ook Ulpianus vast zou houden aan het principieel reële karakter van het contract van geldlening. Ik deel die opvatting niet (zie ook Bähr, t.a.p. p. 426, alsmede de overige bij Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II, Frankfurt a. M. 1906, § 370, Anm. 11 genoemde schrijvers): Ulpianus moet zich bewust zijn geweest dat hij iets nieuws voorstelde. Hij gebruikt het gerundivum niet voor niets ('recipiendum est'). De moderne literatuur (zie bijvoorbeeld slechts Kaser, RP I p. 531) neemt daarom terecht over het algemeen het bestaan van een controverse aan.

²⁵ Daarop wijst terecht Von Lübtow, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs*, p. 77.

ZWALVE

onzent en (tot op voor kort) in Duitsland lang over heeft getwist of er in dit soort gevallen nu wel of niet sprake is van novatie.²⁶

Door middel van Ulpianus' trouwaille werd inderdaad het schrikbeeld van Julianus (en Africanus) gerealiseerd: iedere geldschuld kon door middel van een volstrekt informele afspraak worden omgezet in een geldlening, zonder dat daartoe de vormvoorschriften voor een geldige schuldvernieuwingsovereenkomst in acht behoeften te worden genomen. Er resteerde slechts één probleem: het rentebeding! Deze vaststelling voert ons eindelijk terug naar de beslissing van de keizerlijke kanselarij inzake de petitie van Nicander.

Wij weten dat de kanselarij van de keizers Diocletianus en Maximianus nagenoeg te zelfder tijd waarin zij de petitie van Nicander behandelde een ander probleem diende op te lossen dat daarmee nauw verband hield en dat slechts vanuit een zuiver Romeinsrechtelijk perspectief dient te worden begrepen. Het gaat om een rescript van 16 december 293, een beslissing dus die precies een maand na die van Nicander is genomen.

C. 4,2,8

(De keizers Diocletianus en Maximianus aan Proculus)

Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spopondisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur.

Als je ter zake van een geldlening, die je van je crediteur hebt gevraagd, zilver, lastdieren of andere zaken die bij overeenkomst op een bepaalde waarde zijn geschat in ontvangst hebt genomen, terwijl je goud in pand hebt gegeven, dan zal, hoewel je meer dan één procent rente <op maandelijkse basis> hebt toegezegd, toch de hoofdsom, die door de schattingsovereenkomst van partijen is vastgesteld, plus slechts de daarover wettelijk verschuldigde rente kunnen worden gevorderd.

In dit geval was geen geld te leen gegeven, maar was overeengekomen dat de credietgever enige zaken, die op een bepaalde waarde waren geschat, aan de credietnemer in eigendom overdroeg en dat deze de opbrengst daarvan als geldlening zou zijn verschuldigd. Wij leerden het geval hierboven reeds kennen en zagen dat Ulpianus, anders dan Africanus en Julianus, in dergelijke gevallen de totstandkoming van een overeenkomst van *mutuum* aannam, zij het dan dat hij die pas deed ontstaan, wanneer de zaken waren verkocht en de koopprijs aan de credietnemer was betaald.²⁷ De kanselarij van Diocletianus en Maximianus gaat een stapje verder en acht dat *mutuum* reeds tot stand gekomen op het tijdstip van de

²⁶ Zie hieronder in het Naschrift.

²⁷ Zie hierboven bij n. 19.

overdracht van de te verkopen zaken aan de credietnemer.²⁸ Men was zich dus destijds terdege bewust van de hierboven geschetste problematiek rondom het ‘Vereinbarungsdarlehen’ en was bovendien, althans in het hier aan de orde gestelde geval, geneigd minder zwaar te tillen aan het reële karakter van het *mutuum* dan zelfs nog Ulpianus in dit geval deed. Desalniettemin betoonde zich de kanselarij in de zaak van Nicander aanzienlijk conservatiever dan Ulpianus was geweest. Ter nadere verduidelijking van de kern van de procedure, zij allereerst op het volgende gewezen.

Nicander vorderde in de procedure niet de betaling van de aan hem verschuldigde hoofdsom, maar de rente daarvan. De verplichting tot rentebetaling nu is een accessoire verplichting: zij berust op het bestaan van een andere verplichting, namelijk die tot betaling van de hoofdsom. Wie rente vordert, dient aan te geven over welke schuld rente is verschuldigd. Als de tegenpartij het bestaan van die schuld betwist, is het aan de eiser om het bestaan daarvan aan te tonen. Zo raakt dus de vraag naar de reguliere totstandkoming van de verplichting tot het betalen van de hoofdsom haast noodzakelijkerwijze betrokken in een procedure waarin slechts de rente wordt gevorderd. Het verweer van de gedaagde kon zich bovendien in het Romeinse recht, meer nog dan in het huidige, in het bijzonder richten op de rechtsgrond die de eiser aan zijn vordering ten grondslag had gelegd. De Romeinse rechter (*iudex privatus*) namelijk was een leek die voor het wijzen van een vonnis door de praetor was aangewezen en aan wie het niet was toegestaan rechtsgronden aan te vullen. Die rechtsgrond nu kwam meestal tot uitdrukking in de rechtsvordering, de *actio*, waarmee de eiser procedeerde en die haar concrete uitdrukking vond in het door de praetor opgestelde procesformulier (*formula*) op basis waarvan de rechter zijn vonnis wees. Die was, behoudens één belangrijke uitzondering, in de regel vernoemd naar de rechtsgrond die aan de vordering ten grondslag lag. Wie, bijvoorbeeld, rente vorderde over een verschuldigde koopprijs, deed dat met de ‘actie uit verkoop’ (*actio venditi*), wie hetzelfde deed op grond van een verplichting tot afgifte van een geldsom die de gedaagde onder zich had in zijn kwaliteit van lasthebber van de eiser deed dat met de ‘actie uit lastgeving’ (*actio mandati*). De enige hier ter zake doende uitzondering betrof de *condictio*, een persoonlijke rechtsvordering waarmee de eiser van de gedaagde eigendomsoverdracht vorderde.²⁹ Als het ging om een vordering tot overdracht van een bepaalde geldsom, sprak men van de *condictio certae pecuniae*. In het procesformulier dat werd gebruikt voor deze specifieke persoonlijke rechtsvordering behoefde *niet* te worden aangegeven op welke rechtsgrond (*causa*) zij was gebaseerd. Er behoefde slechts te worden aangegeven *dat* de gedaagde iets aan de eiser diende over te dragen (*dare oportere*). De *condictio* was, met andere woorden, principieel abstract van aard.³⁰

²⁸ Zo ook Kaser, *Syntheseleia Arangio-Ruiz* I, p. 82.

²⁹ Zie de definitie in Gaius 4,18.

³⁰ Zie over een en ander Kaser, RP I, p. 593, alsmede Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 111 e.v. en 334.

Naar het schijnt, was de *condictio* aanvankelijk het rechtsmiddel dat ten dienste stond van degene die zich iets door middel van een *stipulatio*, had laten beloven. Haar toepassingsgebied bleef zich echter niet hiertoe beperken, waaraan het gegeven dat het procesformulier van de *condictio* abstract was geformuleerd niet vreemd zal zijn geweest. Zo was de *condictio* tevens het aangewezen rechtsmiddel van degene die een bepaalde hoeveelheid soortzaken, in het bijzonder natuurlijk geld, in verbruikleen (*mutuum*) had gegeven, alsmede in een aantal buitencontractuele situaties die wij tegenwoordig zouden aanduiden als gevallen van onrechtmatige daad en ongegronde vermogensvermeerdering; men denke aan de *condictio furtiva* en de *condictio indebiti*, de actie uit onverschuldigde betaling.

Niet iedere geldvordering kon evenwel met de *condictio certae pecuniae* worden afgedwongen: wie de koopprijs (en de daarover verschuldigde rente) vorderde, diende gebruik te maken van de ‘actie uit verkoop’ (*actio venditi*) en wie afgifte vorderde van een geldsom (en de daarover verschuldigde rente) die de gedaagde onder zich had als lasthebber van de eiser, diende gebruik te maken van de ‘actie uit lastgeving’ (*actio mandati*), niet van de *condictio (certae pecuniae)*. Dit is naar mijn stellige overtuiging de achtergrond van de problematiek in Nicanders zaak. Hij had tegen de gedaagde een *condictio certae pecuniae* ingesteld en de gedaagde betwistte de toepasselijkheid van die specifieke rechtsvordering.

De kanselarij ging ter beantwoording van Nicanders petitie uit van een tweetal mogelijkheden, waarvan de eerste nauw aansluit bij het door Nicander gehanteerde rechtsmiddel. Zij veronderstelde allereerst dat Nicander de verplichting tot het betalen van de koopprijs *door middel van novatie* had omgezet in een verplichting op grond van een stipulatie. Als dit het geval is, zo vervolgt de kanselarij haar hypothetische betoog, dan moet de verplichting tot het betalen van de daarover verschuldigde rente uitdrukkelijk bij aanvullende stipulatie zijn bedongen en wanneer dat niet het geval is, kan de rente die eventueel aan de oude schuld was verbonden niet meer worden gevorderd.³¹ Als de rente inderdaad bij een formele stipulatie is toegezegd, kan Nicander die naar het uitdrukkelijke oordeel van de kanselarij zelfs met de *condictio certae pecuniae* vorderen wanneer hij ter nadere adstructie van zijn eis *ten onrechte* had aangegeven dat de rechtsgrond van de verplichting tot betaling van de hoofdsom was gelegen in een geldlening en niet – zoals binnen de eerste hypothese van de kanselarij werd aangenomen – van een door middel van novatie in een verplichting op grond van een stipulatie omgezette verplichting tot het betalen van een koopprijs.³² Als, kortom, de gedaagde zich had verweerd door te stellen dat de

³¹ Zie over de noodzaak daarvan D. 42,6,18 (Paulus): ‘als een novatie op de juiste manier tot stand is gekomen ... houdt de rente op te lopen’ (novatione legitime facta ... usurae non currunt).

³² Men dient de uitdrukking ‘falsa demonstratio’ in de tekst van C. 4,2,6 niet in procesrechtelijke zin te duiden, maar in de betekenis van ‘irrelevante nadere toevoeging’. In deze betekenis wordt die uitdrukking bijvoorbeeld gebruikt in D. 35,1,17 pr. en in Ulp. Ep. 24,19. Vgl. ook H.-J. Wieling, ‘Falsa demonstratio’, ZSS 100 (1970), p. 208. Naar alle

hoofdsom niet op grond van een geldlening was verschuldigd, dan stond het Nicander vrij om aan te tonen wat dan wel de rechtsgrond van de hoofdschuld was, mits die zich leende voor het instellen van een *condictio*, bijvoorbeeld door op de schuldvernieuwings-overeenkomst te wijzen. Het feit dat hij per abuis had gesproken van een verplichting uit geldlening stond daarom aan het welslagen van de eis niet in de weg. Vandaar het ‘nihil nocet’ van de kanselarij. Vervolgens wordt de vraag aan de orde gesteld wat rechtens is, wanneer de hoofdschuld *niet* door middel van novatie is omgezet in een schuld uit een stipulatie en de rente bovendien informeel is toegezegd.

In haar tweede hypothese komt de kanselarij tot de conclusie dat een dergelijke informele afspraak ‘niets verandert aan de voorafgaande verbintenis’. Dit en het ‘obiter dictum’ dat ‘schijnhandelingen worden geacht niet te zijn verricht’ lijken te impliceren dat is bedoeld dat de oorspronkelijke rechtsbetrekkingen uit koop en verkoop onaangetast zijn, omdat er binnen deze tweede hypothese van de kanselarij géén novatie heeft plaatsgevonden.³³ Er is betoogd dat een dergelijke veronderstelling dwingt tot de – gelet op de uiteindelijke beslissing inderdaad enigszins paradoxale – conclusie dat Nicander in dit geval wel degelijk de rente zou moeten hebben kunnen vorderen, evenals het geval was met de werkgever van de vermogensbeheerder in D. 17,1,34 pr.³⁴ De overeenkomst van koop en verkoop is immers (evenals de lastgevingsovereenkomst) een consensueel contract, waarop de redelijkheid en billijkheid (*bona fides*) van toepassing is. Dit is de reden waarom over geldschulden die voortvloeien uit een dergelijk contract *van rechtswege* rente is verschuldigd, zodat de vordering tot betaling van rente zou moeten worden toegewezen.³⁵ Daar kan echter tegen worden ingebracht, dat Julianus (Africanus) in D. 17,1,34 pr een hypothetisch geval behandelen dat weliswaar inderdaad tot de conclusie voert dat de werkgever de rente kan vorderen, maar met de actie op grond van lastgeving (de *actio mandati directa*), niet echter met de *condictio certae pecuniae*. In het concrete geval van C. 4,2,6 evenwel is daadwerkelijk een dergelijke condictie ingesteld³⁶, maar dit *rechtsmiddel* veronderstelt een geldige stipulatie waarbij de rente is toegezegd. Dat is niet gebeurd, of althans niet in de

waarschijnlijkheid wordt door de zojuist genoemde uitdrukking verwezen naar de akte (*chirographum*) waarin de overeenkomst tussen Nicander en zijn tegenpartij is neergelegd.

³³ Deze lezing correspondeert met de opvatting van de Byzantijnse scholiasten: zie de scholia bij Bas. 23,1,50 (C. 4,2,6), BS 1590-1591. Zie ook hieronder n. 37.

³⁴ B. von Salpius, *Novation und Delegation nach römischem Recht*, Berlin 1864, p. 335, die daarom tot de conclusie komt dat ook binnen de tweede hypothese de verplichting tot betaling van de hoofdsom (in tegenstelling tot die ten aanzien van de rente) uit een stipulatie moet zijn voortgekomen.

³⁵ Zie, bijvoorbeeld, D. 19,1,13,20 (Ulpianus).

³⁶ Ik wijs er, wellicht ten overvloede, ter ondersteuning van de stelling dat Nicander inderdaad een *condictio certae pecuniae* heeft ingesteld, nog op dat de constitutie van 17 november 293 is opgenomen in de Codextitel ‘Si certum petatur’ (C. 4,2), waarin daarmee verband houdende vragen aan de orde worden gesteld.

tweede hypothese van de kanselarij. Indien de oude rechtsbetrekking uit koop en verkoop onaangetast is gebleven, had Nicander dus met de *actio venditi* (en niet met de *condictio*) in rechte moeten optreden en dan had hij de *wettelijke* rente inderdaad met vrucht kunnen vorderen.³⁷ Ik denk dat hiermede het mogelijke verweer van de gedaagde tegen Nicanders eis kort en bondig is samengevat en dat hij daarmee de kanselarij aan zijn zijde kreeg. Nicander moet hebben beweerd dat er een omzetting van de koopschuld in een geldlening heeft plaatsgevonden, maar zijn tegenpartij heeft die stelling betwist. Wanneer hij niet aannemelijk heeft kunnen maken – en het oordeel daarover lag niet bij de kanselarij, maar bij de feitenrechter³⁸ – dat een dergelijke omzetting heeft plaatsgevonden, dan had hij de (wettelijke) rente slechts kunnen vorderen met de *actio venditi*, maar niet met de *condictio certae pecuniae*. Ik kan mij bovendien niet aan de indruk onttrekken dat de omzetting van een verplichting tot betaling van de koopprijs in een geldlening door middel van een vormloze daartoe strekkende afspraak, zoals Ulpianus mogelijk achtte, door de kanselarij werd verworpen. Zoiets kan slechts, zo moet zij hebben gedacht, door middel van schuldvernieuwing.³⁹ Daarmee lijkt zij Ulpianus' constructie te verwerpen⁴⁰ en zich op het standpunt van Julianus te stellen.⁴¹

Ik wijs er op dat de constitutie van de keizers Diocletianus en Maximianus die in C. 4,2,6 is opgenomen slechts één is van een groot aantal constituties van deze beide keizers die getuigen van een waar offensief dat door hen in deze jaren werd gevoerd tegen schijnhandelingen ter omzeiling van dwingendrechtelijke voorschriften.⁴² De in C. 4,2,6 gehanteerde uitdrukkingen komen ook in andere constituties uit deze tijd (de eerste jaren van het laatste decennium van de derde eeuw) voor waarin andere constructies als schijnhandelingen worden afgedaan.⁴³

Aldus beschouwd, maakt de uitspraak van de keizerlijke kanselarij van 16 november 293 onderdeel uit van een eeuwig durende 'march of folly', de 'dwazendans' die altijd dan wordt uitgevoerd wanneer rechterlijke instanties zich op formeel-juridische argumenten menen te

³⁷ Zie BS 1590, r. 25: Κινεῖσθαι ὁ νόμος, φησὶν ὁ νόμος, ὅτι ἐβενδύτο κατὰ τὸ νόμον δὲ ἀνὰ φασὶν πᾶσι τὸν τιμὴν κατὰ τὸ νόμον δὲ ἀνὰ φασὶν τὸν νόμον πρὸς τὸν νόμον. Dat wil zeggen: 'hij moet dus, bedoelt de tekst, de actie uit verkoop instellen die uit haar aard strekt tot verkrijging van de koopprijs, waarmee uit haar aard ook de rente wordt gevorderd'.

³⁸ Zie C. 4,22,2 (Diocletianus en Maximianus).

³⁹ Zo ook Bähr, t.a.p., p. 426; Huschke, *Die Lehre vom Darlehn*, p. 67 en E. Rabel, 'Nachgeformte Rechtsgeschäfte', ZSS 28 (1907), p. 342.

⁴⁰ Aldus ook Girard-Senn, *Manuel élémentaire de droit romain* (8^e dr.), Parijs 1929, p. 545, n.2.

⁴¹ Zie ook J. Kohler, 'Geben und Wiedergeben' in *Archiv für die Civilistische Praxis* 98 (1906), p. 368.

⁴² Kaser, RP I, p. 243. Zie daarover ook met name G. Longo, 'Sulla simulazione dei negozi giuridici' in *Studi in onore di Salvatore Riccobono* III, Palermo 1936, p. 146 e.v., waar de interpolatievermoedens ten aanzien van de tekst van C. 4,2,6 die zijn geuit door J. Partsch in ZSS 42 (1921), p. 249 (n.3) en 259 worden verworpen.

⁴³ Zie, bijvoorbeeld, C. 2,4,21; 4,38,3 en 10 en C. 5,16,20.

moeten verzetten tegen hetgeen sociaal-economische krachten van het vermogensrecht menen te mogen verwachten. Die zoeken, na een dergelijke uitspraak, andere wegen en plegen die over het algemeen te vinden ook.⁴⁴ Inderdaad werd het toenmalige Romeinse betalingsverkeer door de uitspraak in het hart getroffen, omdat Ulpianus' constructie van het informeel totstandgekomen contract van geldlening er impliciet door werd verworpen. Er waren echter andere mogelijkheden, mogelijkheden bovendien die nog aantrekkelijker waren dan het door middel van wilsovereenstemming tot stand gekomen contract van *mutuum* en waaraan door de beslissing van 293 geen strobreed in de weg werd gelegd. De belangrijkste daarvan was het zogeheten *depositum irregulare*, waarop hierboven reeds terloops werd gewezen. Een enkele opmerking daarover is, ter afsluiting van dit exposé, daarom op haar plaats.⁴⁵

Naar hierboven⁴⁶ is opgemerkt, kon het (reële) contract van bewaargeving (*depositum*) op grond van een enkele afspraak worden omgezet in een contract van verbruikleen (*mutuum*). In beginsel vloeit daaruit voort dat het karakter van de rechtsvordering, de actie, van de bewaargever verandert: in de plaats van de (persoonlijke) *actio depositi directa* van de bewaargever⁴⁷, treedt nu de (eveneens persoonlijke) *condictio*, die hierboven herhaaldelijk ter sprake is gebracht. Dit verschil in rechtsvordering correspondeert met een verschil in de aard van de rechtsbetrekking tussen partijen. Het contract van verbruikleen (*mutuum*) constitueert,

⁴⁴ Vgl. ook Kohler, t.a.p., p. 368-369: 'Der ganze Fall Julian lehrt uns, daß es ein schließlich erfolgloses Beginnen ist, der freien Benutzung der juristischen Wirkungsmittel Beschränkungen aufzuerlegen'.

⁴⁵ Over het zogenoemde *depositum irregulare*, een begrip overigens dat eerst de gemeenrechtelijke literatuur heeft geïntroduceerd, bestaat een uitgebreide romanistische literatuur die zich voornamelijk concentreert op de vraag of de rechtsfiguur reeds bekend was in het klassieke Romeinse recht. Ik kan daar op deze plaats niet uitvoerig op ingaan en verwijs daarom naar Kaser, RP I, p. 536 en naar de monografieën van Th. Niemeyer, *Depositum irregulare*, Halle 1889 en K. Geiger, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft*, München 1962. Het betoog van W. Litewski, 'Le dépôt irrégulier' I (RIDA 21 (1974), p. 215-262) en II (RIDA 22 (1975), p. 279-315) wordt op de hier aan de orde zijnde, voornamelijk het rentebeding betreffende, punten zozeer ontsierd door interpolatievermoedens (veelal ontleend aan de door hem gebruikte oudere literatuur, zoals, om slechts enkelen te noemen, J.C. Naber, 'Observatiunculae iuris romani', Mnemosyne 34 (1906), p. 59 e.v.; C. Longo, 'Appunti sul deposito irregolare', BIDR 18 (1906), p. 121 e.v. en Fr. Schulz, 'The postclassical edition of Papinians libri quaestionum', *Scritti Ferrini* IV, Milaan 1949, p. 254 e.v.) dat een weerlegging daarvan meer ruimte zou vergen dan de moeite waard is. Zie overigens ook hieronder n. 51.

⁴⁶ Zie bij n. 11.

⁴⁷ Uiteraard beschikte de bewaargever over de revindicatie, wanneer de bewaarnemer afgifte weigerde. Met de revindicatie kan echter alleen afgifte (of de waarde) van de zaak worden gevorderd, géén vergoeding van de schade die de bewaargever heeft geleden doordat hem de zaak niet tijdig is teruggegeven. Schade aan de in bewaring gegeven zaken zelf kon bovendien worden gevorderd met de actie uit zaakbeschadiging (*actio ex lege Aquilia*).

naar wij zagen, een rechtsbetrekking waarop de redelijkheid en billijkheid (*bona fides*) niet van toepassing was, terwijl dat wel degelijk het geval was met dat van bewaargeving.⁴⁸ Wij merkten hierboven reeds op dat het ‘bona fide’-karakter van een rechtsbetrekking (bijvoorbeeld uit koop en verkoop) met zich bracht dat, indien het object daarvan bestaat uit de verplichting tot het betalen van een geldsom (bijvoorbeeld de koopprijs), daarover van rechtswege rente was verschuldigd. Bovendien kon in dergelijke gevallen een vormloos – dat wil dus zeggen een niet aan de vormdwang van de *stipulatio* gebonden – rentebeding (als *pactum adiectum*) worden opgenomen dat zijn verbindende kracht ontleende aan de redelijkheid en billijkheid die bij de uitvoering van de overeenkomst in acht diende te worden genomen.⁴⁹ Het moge duidelijk zijn dat de verleiding voor de hand heeft gelegen deze elementen uit het ‘bona fide’-karakter van de overeenkomst van bewaargeving te laten doorwerken in de credietverstrekkingsovereenkomst waarin men hem wil omzetten, bijvoorbeeld door de rente vormloos (bijvoorbeeld door middel van correspondentie) toe te zeggen en de afdwingbaarheid van die toezegging te koppelen aan het ‘bona fide’-karakter van de overeenkomst van bewaargeving. Een fraai voorbeeld van een dergelijk contract vindt men in

D. 16,3,28

(Scaevola, *libro primo responsorum*)

Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: ‘Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebō’. quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. Respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.

Quintus Caecilius Candidus heeft aan Paccius Rogatianus een brief geschreven in de hieronder volgende bewoordingen: ‘Quintus Caecilius aan Paccius Rogatianus, gegroet. Ik maak je door middel van dit schrijven bekend dat de vijftientwintig muntstukken, die je bij mij hebt gedeponneerd, op mijn rekening zijn bijgeschreven: Ik zal er zo snel mogelijk voor zorgen dat die niet voor jou zonder opbrengst blijven, dat wil zeggen dat je de rente erover ontvangt’. Men heeft de vraag gesteld of op grond van deze brief rente kan worden gevorderd. Ik heb te verstaan gegeven dat de rente op grond van het ‘bona fide’ karakter van de rechtsovereenkomst is verschuldigd, waarbij in het midden kan worden gelaten of hij die heeft ontvangen, dan wel voor eigen doeleinden heeft aangewend.

⁴⁸ Zie hiervoor Gaius 4,47.

⁴⁹ Zie Kaser, RP I, p. 497.

De vooraanstaande Romeinse jurist Scaevola (hij was staatsraad van keizer Marcus Aurelius en de leermeester van Paulus, Papinianus en naar alle waarschijnlijkheid ook Ulpianus) geeft hier te kennen dat, in een geval waarin kennelijk was overeengekomen dat de bewaarnemer het bij hem gedeponeerde geld desgewenst mocht gebruiken⁵⁰, de rente daarover op grond van zelfs een eenzijdige toezegging van de bewaarnemer kon worden gevorderd, zulks op grond van het ‘bona fide’-karakter van de daartoe strekkende rechtsvordering, de *actio depositi directa*.⁵¹ Het behoeft daarom nauwelijks nog betoog dat deze rechtsfiguur zich sinds de derde eeuw van onze jaartelling – dat wil dus zeggen in de zogeheten ‘post-klassieke’ periode van de Romeinse rechtsgeschiedenis – in enige populariteit schijnt te hebben mogen verheugen, wellicht zelfs als reactie op uitspraken zoals die van de keizerlijke kanselarij van 17 november 293 (C. 4,2,6) : zij sloot goed aan bij de behoeften van het toenmalige betalingsverkeer, niet alleen omdat (ook hier) aan het reële karakter van de overeenkomst niet al te zwaar behoefde te worden getild, maar vooral omdat op grond daarvan van rechtswege rente was verschuldigd en een vormloos rentebeding bovendien zonder de vormdwang van de stipulatie afdwingbaar was.⁵² Het is eigenlijk verbazingwekkend dat het contract van *mutuum* (verbruikleen) zo lang de rechtsfiguur is gebleven waaraan de credietverleningsovereenkomst in het gemene en moderne recht als welhaast vanzelfsprekend werd gekoppeld. Pas in de eerste jaren van het nieuwe, derde, millennium lijkt zij definitief aan haar eind te zijn gekomen en naar de vuilnisbelt der rechtsgeschiedenis te worden verwezen.

⁵⁰ Zie daarvoor bijvoorbeeld D. 16,3,1,34, hierboven in n. 11 geciteerd.

⁵¹ Zie ook, met dezelfde motivering, D. 16,3,24 en 25,1 (Papinianus); 16,3,26,1 *i.f.* (Paulus) en dezelfde in D. 16,3,29,1, met de toevoeging ‘zoals in de overige ‘bona fide’ acties’ (ut in ceteris bona fide iudiciis). Litewski, t.a.p. I, p. 259 en II, 306 (D. 16,3,24); I, p. 261 (D. 16,3,25,1); II, p. 299 (D. 16,3,26,1) en II, p. 302 (D. 16,3,29,1), acht alle hierboven genoemde teksten, behalve die van Scaevola in D. 16,3,28, op de essentiële passages geïnterpoleerd. Zie voor een conservatiever benadering G. Gandolfi, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milaan 1976, p. 157 e.v. Vgl. ook W.M. Gordon, ‘Observations on ‘depositum irregulare’’, *Studi Biscardi* III, Milaan 1982, p. 363 e.v.

⁵² A. Bürge heeft in zijn fraaie studie ‘Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens’, ZSS 117 (1987), p. 465 e.v., op p. 536 e.v. een indringend onderzoek gewijd aan het *depositum irregulare*, door hem (en andere moderne schrijvers) aangeduid als het ‘open deposito’. Daarin staat de vraag centraal of deze rechtsfiguur een instrumentele rol heeft gespeeld in de ontwikkeling van een commercieel Romeins bankwezen. Die vraag wordt door de schrijver terecht ontkennend beantwoord: het Romeinse ‘bankwezen’ stond, voorzover men daarvan al kan spreken als een economische factor van enige betekenis, zelfs in de keizertijd op een aanzienlijk lager, zo niet onvergelijkbaar lager, niveau dan het huidige. Dit laat overigens onverlet dat de schrijver wel degelijk de stelling onderschrijft dat in de tweede en derde eeuw aan een ‘open deposito’ een vormloos rentebeding kon worden verbonden. Dat is het enige waar het mij op deze plaats om te doen is.

NASCHRIFT

De bovenstaande studie over het contract van *mutuum* is bedoeld als grafzang voor een rechtsfiguur die sinds 1 januari 2002 geen onderdeel meer uitmaakt van het Duitse burgerlijke wetboek. Tot die dag prijkte het nog prominent in § 607 BGB. De tekst daarvan luidde als volgt:

- (I) Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.
- (II) Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen.

Uit het eerste lid van het artikel blijkt dat het de bedoeling van de wetgever van 1900 is geweest het bekende gemeenrechtelijke reële contract van verbruikleen (*mutuum*) te codificeren. Het tweede lid behelsde het zogenaamde ‘Vereinbarungsdarlehen’, waarvan de nauwkeurige aard zowel in de negentiende-eeuwse Duitse pandektistiek⁵³, als ook in de twintigste eeuwse literatuur omstreden is geweest.⁵⁴ Tot 1 januari 2002 konden de hierboven behandelde teksten uit het Corpus Iuris worden gebruikt ter nadere verduidelijking van de aard van die rechtsfiguur.⁵⁵ De bepaling van § 607 BGB heeft echter de grootscheepse modernisering van het Duitse verbintenissenrecht, die dit jaar haar beslag heeft gekregen, niet overleefd. De huidige § 607 bevat een regeling voor het zogeheten ‘Sachdarlehen’, dat wil zeggen de overeenkomst van verbruikleen van *andere* roerende zaken dan geld, die zijn reële karakter heeft verloren en, anders dan het Romeinse *mutuum*, principieel als een consensuele overeenkomst om baat wordt behandeld. De credietverstrekkingsovereenkomst, verbruikleen van geld, is geheel nieuw geregeld in § 488 e.v. BGB. Het gaat daarbij eveneens om een consensuele en wederkerige overeenkomst. De nadere consequenties hiervan behoeven op deze plaats niet te worden besproken.⁵⁶

⁵³ Zie, in plaats van anderen, Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II, § 354, Anm. 2 en § 370, Anm. 11.

⁵⁴ Daarbij was de vraag aan de orde of er sprake was van een ‘Änderungsvertrag’ (zonder noverende werking), dan wel een ‘Schuldersetzung’ (met noverende werking). Zie voor een en ander, bijvoorbeeld, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts* I, § 7 II en III en *Lehrbuch des Schuldrechts* II,1 (Besonderer Teil), § 51 II.

⁵⁵ Bijvoorbeeld in de hierboven geciteerde studie van Von Lübtow (*Die Entwicklung des Darlehensbegriffs*), waarin niet alleen het Romeinse, maar ook (zoals het hoort) het destijds geldende Duitse recht wordt behandeld.

⁵⁶ Ik verwijz de belangstellende lezer naar de handige uiteenzetting van P. Huber in Huber/Faust, *Schuldrechtsmodernisierung* (Einführung in das neue Recht), München 2002, p. 483 e.v.

Ook het Nederlandse recht heeft zich voorgenomen⁵⁷ afscheid te nemen van het Romeinsrechtelijke contract van *mutuum*, dat overigens nog steeds, in art. 1791 van Boek 7A, het nieuwe BW voorziet van een wat antiquarische kleur. In het OBW, waaruit de bepaling natuurlijk afkomstig is, was de figuur van het zogenoemde ‘Vereenbarungsdarlehen’, anders dan in het BGB, weliswaar niet met zoveel woorden geregeld, maar de mogelijkheid werd (en wordt) wel degelijk erkend⁵⁸ en de problemen daarmee waren (en zijn tot op zekere hoogte ook nu nog) ten onzent dezelfde als tot voor kort in Duitsland, zoals onder meer blijkt uit een arrest van de Hoge Raad, d.d. 26 mei 1916 (NJ 1916, 711), waaraan Meijers in een noot de enige rechtshistorische beschouwing heeft gewijd die mij in Nederland over dit onderwerp bekend is.⁵⁹ Zoals bij Meijers gebruikelijk, gaat hij vooral in op het gerecipieerde gemene recht en het Rooms-Hollandse recht. Hij wijst op de hierboven behandelde tegenstelling tussen D. 17,1,34 pr en D. 12,1,15 en vestigt er de aandacht op dat al Groenewegen van der Made (1613-1652), in zijn onvolprezen ‘Tractaat over afgeschafte en in onbruik geraakte bepalingen’ (uit het Corpus Iuris), de overtuiging was toegedaan dat de contractsvrijheid impliceerde dat dit soort subtiliteiten gemist kon worden.⁶⁰ Meijers was van hetzelfde gevoelen. Desalniettemin is men, voornamelijk doordat de Romeinsrechtelijke traditie, waarvan art. 1791 OBW de weerslag is, voor de totstandkoming van het contract van verbruikleen een overdracht van de uit te lenen som vereiste, problemen blijven maken. Daaraan moet nu eindelijk eens een einde komen. Dat vond ook de Groninger hoogleraar in het zakenrecht O.K. Brahn, die er in 1983 – terecht – voor pleitte *alle* drie reële contracten uit het OBW (niet alleen verbruikleen, maar ook bruikleen en bewaargeving) te vervangen door consensuele overeenkomsten.⁶¹ Het *mutuum* heeft Brahn echter overleefd, want er zit,

⁵⁷ Zie het Ontwerp Meijers art. 7.2.1.1: ‘Verbruikleen van geld is de overeenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken, en de lener zich verbindt aan de uitlener een som geld terug te betalen’. In het Ontwerp is eenzelfde splitsing voorgesteld als in 2002 in Duitsland heeft plaatsgevonden tussen enerzijds het ‘Darlehensvertrag’ (geldlening (§488 BGB)) en anderzijds het ‘Sachdarlehen’ (andere roerende zaken (§607 BGB)). Zie voor het laatste art. 7.2.2.1 NBW.

⁵⁸ Zie, in plaats van anderen, Asser-Kamphuisen, *Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle 1960, p. 666 en Asser-Kleijn, *Bijzondere Overeenkomsten IV*, Zwolle 1988, p. 79-80.

⁵⁹ WPNR 2472, p. 227-229.

⁶⁰ Simon à Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis II* (ed. B. Beinart), Johannesburg 1975, ad D. 17,1,34. Ik voeg daaraan nog toe dat Groenewegen de bepaling van C. 4,2,6 evenmin als geldend recht beschouwt en ook daar (*Tractatus III*, Johannesburg 1984) geeft hij als reden dat ‘tegenwoordig een rechtsvordering voortvloeit uit een vormloze overeenkomst’ (quia hodie etiam ex nudo pacto actio nascitur). Zie daarvoor ook dezelfde ad C. 2,3,10.

⁶¹ O.K. Brahn, ‘Het irreële van het reële contract’, NJB 58 (1983) p. 568 e.v., waar hij over deze contracten het volgende opmerkt: ‘<Zij> zijn van meet af aan vreemde en onlogische instituten geweest binnen ons overigens consensuele contractenrecht, ondoordachte overblijfsels uit het Romeinse recht’. Brahns beschouwingen werden onder meer uitgelokt door een uiteenzetting van P. Willemse, die er in WPNR 5426 (p. 169 e.v.) voor had gepleit het reële karakter van de overeenkomst van verbruikleen te handhaven.

voorzover ik althans kan vaststellen, niet veel schot in de voortgang van de reeds door Meijers voorgestelde wijzigingen in het recht van geldlening. Tenzij ik verkeerd ben voorgelicht, bevinden die zich nog steeds (net zoals in 1983) in het stadium 'van het groene boek'. Het wordt tijd dat een zo belangrijke overeenkomst als die van geldlening in ons BW op een moderne wijze wordt geregeld, dat wil zeggen als consensuele overeenkomst. Niet alleen omdat er afstand moet worden genomen van dit soort oude, vormgebonden Romeinsrechtelijke rechtsfiguren en niet alleen omdat het geboden is dat ons nieuwe wetboek niet teveel uit de pas loopt met het nieuwe Duitse recht, maar om een nog belangrijker reden. Het reële karakter van de geldleningsovereenkomst, zoals die nu nog terug te vinden is in art. 7A:1791 BW, is diep geworteld in de primitieve financieel-economische voorstellingswereld van de Romeinen, die geen ander geld dan chartaal geld kenden. Van die primitieve voorstellingswereld kan het huidige privaatrecht zich maar met moeite distantieëren. Langzaam maar zeker (en zonder dat daarvan overigens al teveel blijkt in de moderne inleidende literatuur) begint het echter te wennen aan het verschijnsel dat chartale betalingen de uitzondering en girale de regel vormen. Daarbij past geen vorm van credietverlening meer die is gebaseerd op de eigendomsoverdracht van gemunt geld, dat wil zeggen van roerende zaken.⁶² Dit is de belangrijkste reden waarom er, zoals ook inderdaad in het nieuwe Duitse recht is gebeurd, een principieel onderscheid dient te worden gemaakt tussen de overeenkomst van verbruikleen van roerende zaken enerzijds en de overeenkomst van geldlening anderzijds: er dient duidelijk tot uitdrukking te worden gebracht dat het om twee fundamenteel verschillende rechtsfiguren gaat. Zonder het Romeinse recht zal men het overigens bij dit alles niet kunnen stellen, want de oude toverdoos die *Corpus Iuris* heet bevat *alle* basisstructuren waarop het continentaal-Westeuropese vermogensrechtelijke denken is gebaseerd en dientengevolge ook die van het moderne girale betalingsverkeer. Een goede theoretische onderbouwing daarvan, dat wil zeggen een verklaringsmechanisme dat zich houdt aan de parameters van het commune vermogensrecht, is ondenkbaar zonder een goed begrip van de Romeinsrechtelijke rechtsfiguur van de delegatie: op het belang daarvan heeft Schoordijk terecht (en bij herhaling) gewezen.⁶³

W.J. Zwalve

Leiden

⁶² Zie overigens ook Meijers in zijn toelichting op de tweede titel van boek 7, p. 883.

⁶³ Al in zijn proefschrift (*Beschouwingen over drie-partijenverhoudingen van obligatoire aard*, Zwolle 1958) en recentelijk nog in *Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking bij zogenaamde driehoeksverhoudingen*, Deventer 1999.